



Fall-Nr.: B 2016/146
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.02.2018
Entscheiddatum: 22.02.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 22.02.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 9 BGBM, Art. 16 lit. b und d VöB. Die WEKO ist befugt, gegen eine freihändige Vergabe Beschwerde zu erheben, um feststellen zu lassen, ob dadurch der Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt wurde. Dabei kann sie auch rügen, die Vergabebehörde habe sich zu Unrecht auf einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 16 VöB gestützt. Im konkreten Fall lag weder ein Ergänzungsauftrag vor, noch konnte sich die Vorinstanz mit Erfolg darauf berufen, es komme aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur der berücksichtigte Anbieter in Frage (Verwaltungsgericht, B 2016/146).

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Wettbewerbskommission WEKO, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,

Beschwerdeführerin,

gegen

Politische Gemeinde Wil, Stadtrat, Marktgasse 58, Postfach 1372, 9500 Wil,



Vorinstanz,

und

Sustainance GmbH, Wunderliststrasse 35, 8037 Zürich, p.A. Viaduktstrasse 93-95,
8005 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Vergabe "Nachhaltige Governance in der Stadt Wil"

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

Der Stadtrat der Politischen Gemeinde Wil (Vorinstanz) erteilte der Sustainance GmbH mit Verfügung vom 15. Juni 2016 den Zuschlag für die Unternehmens- und Managementberatung unter dem Projekttitel „Nachhaltige Governance in der Stadt Wil“ im freihändigen Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen zum Preis von CHF 400'000 (mit Mehrwertsteuer). Die Wettbewerbskommission (Beschwerdeführerin) erhob gegen den am 27. Juni 2016 im Amtsblatt (ABI 2017 S. 2022) und auf simap publizierten Zuschlag der Vorinstanz mit Eingabe vom 6. Juli 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kostenfolge sei festzustellen, die Vergabe des Auftrags im freihändigen Verfahren beschränke den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise.

Mit Vernehmlassung vom 29. August 2016 beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Einen Teil der gleichzeitig eingereichten Vergabeakten bezeichnete sie als vertraulich. Die Sustainance GmbH (Beschwerdegegnerin) verzichtete am 15. Oktober 2016 auf eine Vernehmlassung. Die



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin nahm am 5. Dezember 2016 Stellung zur vorinstanzlichen Vernehmlassung und den nicht vertraulichen Vergabeakten. Einen Antrag auf Offenlegung weiterer Vergabeakten stellte sie nicht.

Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge sowie auf die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 1 Ingress und lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.1, EGöB).

Die Beschwerdeführerin kann gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02, BGBM) Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Gegen Verfügungen, welche insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens den freien Zugang zum Markt beschränken, muss das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM). Die Beschwerdeführerin, die mit ihrem Rechtsmittel nicht einem bestimmten Anbieter zum Zuschlag verhelfen will, ist dementsprechend befugt, beschwerdeweise geltend zu machen, die ausnahmsweise freihändige Vergabe durch die Vorinstanz habe den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Ob sie dabei – mit Blick auf ihre weitere Legitimation im Verfahren vor Bundesgericht (vgl. Art. 82 Abs. 2 Ingress und lit. d des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG) – eine Frage von grundsätzlicher vergaberechtlicher Bedeutung aufwirft (vgl. Art. 83 Ingress und lit. f BGG), ist für die Beschwerdebefugnis im kantonalen Verfahren nicht von Belang (vgl. M. Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2016, Anmerkung Rz. 412; vgl. auch BGE 141 II 113 E. 1.5).

Die Beschwerde gegen die am 27. Juni 2016 veröffentlichte Zuschlagsverfügung wurde mit Eingabe vom 6. Juli 2016 rechtzeitig erhoben und erfüllt die formellen und



inhaltlichen Voraussetzungen (Art. 15 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen; sGS 841.32, IVöB). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Die Vorinstanz bestreitet zu Recht nicht, als politische Gemeinde bei der Beschaffung der Dienstleistungen unter dem Projekttitel „Nachhaltige Governance in der Stadt Wil“ den Regeln des internationalen (vgl. Anhang I Annex 2 Ziffer 3 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422, GPA: „les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes“), interkantonalen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. a IVöB) und st. gallischen (vgl. Art. 2 Abs. 1 Ingress und lit. b EGöB) Beschaffungsrechts zu unterstehen. Unbestritten ist auch, dass der Dienstleistungsauftrag mit einem Volumen von rund CHF 371'000 (ohne Mehrwertsteuer) den staatsvertraglichen Regeln des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422, GPA) unterliegt (vgl. Anhang 1 zu Art. 7 Abs. 1 IVöB) und deshalb gemäss Art. 12^{bis} Abs. 1 Satz 1 IVöB im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben wäre. Umstritten ist, ob ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist und die Vorinstanz den Auftrag gestützt auf Art. 16 Ingress und lit. d oder g VöB und in Übereinstimmung mit Art. XV Ziff. 1 Ingress und lit. b und d GPA freihändig vergeben durfte.

Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung dieser Rüge befugt: Sie überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann damit in erster Linie die Verletzung dieses Gesetzes rügen. Da Art. 5 BGBM verlangt, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten (Abs. 1 Satz 1) und die Auftraggeber dafür sorgen, dass ihre umfangreichen Vorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag unter Berücksichtigung der vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen amtlich publiziert werden (Abs. 2), darf sie auch die Verletzung von Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens rügen. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn deren Verletzung dazu führen kann, dass der freie und gleichberechtigte Zugang von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz zum Markt im Sinn von Art. 1 Abs. 1 BGBM nicht mehr gewährleistet ist. Stützt sich die Vergabebehörde bei der Vergabe im freihändigen Verfahren zu Unrecht



auf einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 16 VöB, verletzt sie auch die durch Art. 5 Abs. 1 BGBM geschützten Grundsätze der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Nichtdiskriminierung der Marktteilnehmer (vgl. dazu N.F. Diebold, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013 S. 177 ff., S. 184).

3. Die Vorinstanz macht geltend, bei der Erteilung des Auftrags für die erste Phase an die Universität St. Gallen habe es sich um eine In-State-Vergabe gehandelt. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Beschwerdegegnerin, welche auch nach der vorinstanzlichen Darstellung (Rz. 32 der Vernehmlassung vom 29. August 2016, act. 7) von Beginn weg in Zusammenarbeit mit der Universität St. Gallen an der Auftragserfüllung beteiligt gewesen sei, erfülle die In-State-Voraussetzungen offenkundig nicht. Es gebe keinen Freipass, generell und ohne Ausschreibung einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten Aufträge für Gutachten oder Produkteprüfungen zu erteilen, soweit diese Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbracht werden.

Als nicht dem Beschaffungsrecht unterstehende In-State-Vergabe gilt die Auftragserteilung eines öffentlichen Auftraggebers an ein rein öffentliches Subjekt ohne jede Privatbeteiligung, das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, wobei diese Tätigkeiten im öffentlichen Interesse stattfinden und nicht auf kommerzieller Basis abgewickelt werden. Entscheidend ist, dass sie ausserhalb des Marktes ohne Wettbewerbsberührung erfolgen, also wettbewerbsneutral sind. Erfolgt die Auftragserteilung an einen öffentlichen Leistungserbringer, der (auch) kommerziell, das heisst mit Gewinnabsicht tätig wird, liegt keine In-State-Beschaffung vor (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 256 mit Hinweisen insbesondere auf M. Beyeler, In-house-Vergabe: Wer mit wem, wann und warum, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 17 ff., Rz. 148).

Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine privatrechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von CHF 20'000. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist Ralf Eckhard Türke. Sie bezweckt die Entwicklung und Anwendung von Konzepten, Methoden und Instrumenten für



St.Galler Gerichte

nachhaltige Governance und nachhaltiges Management von Institutionen und Organisationen in Gesellschaft und Wirtschaft (Elektronischer Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich). Ihr Angebot umschreibt sie als auf den spezifischen Entwicklungsbedarf der Organisation des Auftraggebers fokussierte und auf die aktuellen Prioritäten seines Geschäftes abgestimmte Begleitung mit dem Ziel, die kollektive Sinn- und Wertschöpfung zu maximieren und die Fähigkeit zu kontinuierlicher Entwicklung und einem Wandel aus eigener Kraft zu schaffen (nachhaltige Governance; <http://sustainance.ch>, Angebot). Die Beschwerdegegnerin ist damit kein Subjekt des öffentlichen Rechts ohne jede Privatbeteiligung, welche ausschliesslich auf nicht kommerzieller Basis Tätigkeiten für öffentliche Arbeitgeber entfaltet. Die Vorinstanz konnte den Auftrag vom 15. Juni 2016 bereits daher nicht mit der Begründung, es handle sich um eine In-State-Vergabe, freihändig der Beschwerdegegnerin erteilen.

Ebenso wenig kann sich die Vorinstanz mit Erfolg darauf berufen, es sei am 4. Dezember 2013 eine zulässige In-State-Vergabe des ersten Auftrags zur Organisation von Stadtrat und Verwaltung an die Universität St. Gallen vorangegangen. Die Offerte zu diesem Auftrag war der Vorinstanz am 4. November 2013 vom Institut für Systemisches Management und Public Governance der Universität St. Gallen (IMP-HSG) unterbreitet worden. Die wissenschaftlichen Institute sind gemäss Art. 46 des Gesetzes über die Universität St. Gallen (sGS 217.11, UG) der Universität angegliedert und haben keine eigene Rechtspersönlichkeit, werden jedoch gesondert geleitet und verwaltet (Abs. 1). Sie regeln Bestand, Organisation und Aufgaben durch Satzung (Abs. 2) und führen im Rahmen des Universitätshaushaltes eigene Rechnungen (Abs. 3, vgl. auch Art. 126 Abs. 1 des Universitätsstatuts). Sie betätigen sich in Lehre, Forschung sowie Weiterbildung und erbringen Dienstleistungen und sind langfristig selbsttragend zu führen (Art. 5 Abs. 2 und Art. 124 Abs. 2 des Universitätsstatuts, sGS 217.15). Gemäss seinen Jahresberichten ist der Bezug zur Praxis ein wichtiges Thema, mit dem sich das IMP-HSG nicht nur in der angewandten Forschung beschäftigt, sondern schon seit langem in der konkreten Beratung in die Tat umsetzt (vgl. beispielsweise Jahresbericht 2016 S. 42; <https://imp.unisg.ch>). Wie auch die am Beginn des Beratungsprozess stehende Einladung von sechs möglichen Anbieterinnen – darunter zwei aus der Privatwirtschaft, nämlich die OBT AG und die BDO AG – zur Einreichung von Offerten zeigt, steht das IMP-HSG damit im ausgeschriebenen Bereich



mit anderen privat- und öffentlich-rechtlichen Anbietern in Konkurrenz. Zudem war entsprechend der vorinstanzlichen Darstellung in ihrer Vernehmlassung vom 29. August 2016 die Beschwerdegegnerin bereits in der ersten Phase des Projekts involviert (vgl. act. 7 Rz. 32). Sowohl das IMP-HSG als auch die Beschwerdegegnerin bieten ihre Dienstleistungen gegen Entgelt öffentlichen und privaten Nachfragern an und stehen im Wettbewerb mit privatrechtlichen Anbietern. Die Voraussetzungen für eine nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterliegende In-State-Vergabe waren dementsprechend auch bei der ersten Auftragserteilung vom 4. Dezember 2013 nicht erfüllt.

4.

4.1. Ein Auftrag darf insbesondere dann unabhängig von seinem Wert im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn im Zusammenhang mit einem vergebenen Auftrag Ergänzungsaufträge notwendig sind (Art. 16 Ingress und lit. d VöB; Art. XV Ziff. 1 Ingress und lit. d GPA) oder wenn aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative oder keine Ersatzware gibt (Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. b VöB; Art. XV Ziff. 1 Ingress und lit. b GPA).

Von einem Ergänzungsauftrag kann nur die Rede sein, wenn er im Vergleich zum Hauptauftrag, auf den er sich bezieht, von untergeordneter Bedeutung ist. Eine Behörde könnte sonst durch die Vergabe eines kleinen Auftrags für eine Studie oder ein Vorprojekt, die allenfalls noch freihändig erfolgen darf, jederzeit erreichen, dass sie anschliessend auch einen grösseren Auftrag, welcher der Weiterführung der begonnenen Projektierung dient, ohne die Einhaltung des erforderlichen Vergabeverfahrens vergeben darf. Das kann nicht der Sinn der Ausnahmebestimmung von Art. 16 Ingress und lit. d VöB sein. Vielmehr sind in solchen Fällen die regulären Verfahren einzuhalten, auch wenn eine Projektstudie oder ein Vorprojekt ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellt und daher nicht ohne Zustimmung des Urhebers als Grundlage für die weitere Projektierung (durch einen andern Bearbeiter) verwendet werden darf. Die Vergabebehörde kann sich zur Rechtfertigung einer Freihandvergabe an ein bestimmtes Unternehmen nicht auf Leistungsschutzrechte – beispielsweise an einem Vorprojekt – berufen, welches das berechnigte Unternehmen



innehat, wenn sie es versäumt hat, sich diese Rechte bei der Erstbeauftragung dieses Unternehmens in einer Art zu sichern, welche ihr die öffentliche Ausschreibung der weiteren Leistungen erlaubt (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2013.00393 vom 16. Januar 2014 E. 5.3.2). Die Vergabestelle ist bei all ihrem Handeln im Interesse der hinter dem Ausschreibungsgrundsatz liegenden Vergaberechtsziele, aber auch im eigenen betriebswirtschaftlichen Interesse, gehalten, künftige Ausschliesslichkeitssituationen, welche Freihandvergaben nötig werden lassen, so weit als möglich zu verhindern, insbesondere durch den Erwerb von Gebrauchsrechten an im Rahmen von öffentlichen Aufträgen hergestellten Arbeitsergebnissen (vgl. M. Beyeler, in: Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich/ Basel/Genf 2016, Rz. 63).

4.2.

4.2.1. Die Vorinstanz hat bislang dem IMP-HSG, welches seinerseits zur Durchführung des Projekts die Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin – Dr. oec. HSG Ralf Türke (act. 8/7) – und der Sonderegger + Sonderegger GmbH – Dr. oec. HSG Roger W. Sonderegger (act. 8/5 und 7) – einsetzte, zwei Aufträge erteilt: Am 4. Dezember 2013 hat sie den Auftrag „Verwaltungsanalyse Teil 1“ nach Durchführung eines Einladungsverfahrens zum Preis von CHF 28'000 an das IMP-HSG vergeben (act. 8/4). Am 14. August 2014 hat sie für die Phase 1a – „Nahtstellen“ – einen Kredit von CHF 35'000 gesprochen und der entsprechenden Offerte des IMP-HSG vom 8. Juli 2014, in welcher als Projektbegleiter neu auch der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin genannt wurde, im freihändigen Verfahren zugestimmt (act. 8/6 und 7). In einem parallelen Projekt „Organisationsentwicklung im Lebensbereich Bildung und Sport“ mit vergleichbaren Zielen hat die Vorinstanz zudem eine – auf Briefpapier des IMP-HSG am 11. Dezember 2014 verfasste – gemeinsame Offerte der Sonderegger + Sonderegger GmbH und der Beschwerdegegnerin mit Kosten von CHF 67'340 (nach Rabatt von 30 Prozent, ohne Mehrwertsteuer und ohne Spesen) akzeptiert (act. 8/9). Schliesslich hat sie am 23. September 2014 für die „Organisationsentwicklung im Bereich Finanzen“ von einem nicht aktenkundigen Vorgehenskonzept des IMP-HSG Kenntnis genommen und den dafür benötigten Kredit im Sinn einer einmaligen Ausgabe in der Höhe von CHF 35'000 genehmigt (act. 8/10). Im Auftrag „Nachhaltige Governance“, der mit der angefochtenen Verfügung vom



15. Juni 2016 freihändig an die Beschwerdegegnerin vergeben wurde, wurde ein „Kostendach“ inklusive Mehrwertsteuer und Spesen von CHF 400'000 festgesetzt (act. 8/16). Insgesamt hat die Vorinstanz damit für Projekte im Zusammenhang mit der Entwicklung von Stadtrat und Verwaltung Aufträge erteilt, die Ausgaben von CHF 565'340 nach sich zogen.

4.2.2. Das vom IMP-HSG unter dem umfassenden Titel „Projekt Organisation Stadtrat und Verwaltung“ offerierte „Grobkonzept“ vom 4. November 2013 umschrieb als Zielsetzungen des Projekts nicht bloss die Evaluierung der Ziele der Verwaltungsreform auf den Stufen Stadtrat und Departementssekretariate (1.), sondern auch die Prüfung der Aufgabenverteilung innerhalb des Stadtrates, zwischen Stadtrat und Verwaltung, innerhalb der Departemente zwischen Departementsleitungen, -sekretariaten und Dienststellen (2.), die Erarbeitung von Handlungsoptionen zur Verbesserung der Strukturen (3.), die Prüfung der Einführung eines Controllings zur Überwachung und Entwicklung der Aufgabenerledigung (Anpassung) (4.) sowie den Vergleich mit anderen Städten zur Klärung der Frage, ob andere Organisationsformen und -modelle zur Verfügung stehen (5.). Im Beratungskonzept wird auch die auf die Verwaltung bezogene Phase 2 erwähnt und festgehalten, das entsprechende Konzept werde im Frühjahr 2014 nach Vorliegen der grundsätzlichen Stossrichtung der Phase 1 erstellt und offeriert (vgl. Ziffer 1.3 „Zielsetzungen“ als Teil des Abschnittes 1 „Ausgangslage, Auftrag und Ziele“ und Ziffer 7 „Beratungskonzept“; act. 8/5).

Die Vorinstanz selbst führt in ihrer Vernehmlassung vom 29. August 2016 aus, der Stadtrat habe im Juni 2013 „eine Verwaltungsanalyse und damit einen umfassenden Entwicklungsprozess mit dem Ziel, eine optimale Organisationsform für die Stadt zu entwickeln und umzusetzen“, initiiert (vgl. act. 7, Rz. 8). Die Beschwerdegegnerin nimmt in ihrer von der Vorinstanz am 15. Juni 2016 angenommenen Offerte vom 2. Februar 2016 (act. 8/12, mit der ergänzenden Vereinbarung vom 1. Juni 2016, act. 8/15) unter dem Titel „Leistungsauftrag“ auf das von der Stadt Wil im Jahr 2013 definierte „oberste Entwicklungsziel“, nämlich die „Erreichung einer optimalen Organisationsform und Erstellung von optimalen Abläufen für die Erledigung der derzeitigen und zukünftigen Aufgaben und Kundenerwartungen“ Bezug. Bereits bei der Erteilung des ersten Auftrags am 4. Dezember 2013 musste die Vorinstanz davon ausgehen, dass zur Fortsetzung des im Juni 2013 initiierten Projektes Folgeaufträge



St.Galler Gerichte

notwendig und diese aufgrund der bereits geleisteten Arbeiten sinnvollerweise ebenfalls dem IMP-HSG beziehungsweise den – privatrechtlich organisierten – Unternehmen der das Projekt für das IMP-HSG betreuenden Personen erteilt würden.

4.2.3. In der dem ersten Folgeauftrag vom 14. August 2014 zugrunde liegenden Offerte vom 8. Juli 2014 wies das IMP-HSG unter dem Titel „Vertiefung der Methodik“ auf das „Hilfsmittel“ der „Generic Governance“ hin (act. 8/7). Gleiches gilt für die im parallelen Projekt „Organisationsentwicklung im Lebensbereich Bildung und Sport“ von der Vorinstanz angenommene Offerte der Sonderegger + Sonderegger GmbH und der Beschwerdegegnerin vom 11. Dezember 2014. Auch hier wurden unter dem Titel „Methodik“ die Methoden des „Generic Governance“ genannt. In Ziffer 2 der Offerte der Beschwerdegegnerin vom 2. Februar 2016 wird erstmals „DialogG“ als auf den Methoden des „Generic Governance“ aufbauendes Verfahren beschrieben (act. 8/12).

Unabhängig davon, ob das von der Beschwerdegegnerin präsentierte Verfahren „DialogG“ mit dem obersten Projektziel „Nachhaltige Governance“ urheberrechtlichen Schutz genießt und einziger möglicher Weg ist, hängt die Weiterführung des Projektes davon ab, dass die mit der Weiterführung des Projekts betraute Anbieterin auf den in den früheren Projektphasen erarbeiteten Ergebnissen aufbauen kann. Spätestens im Zeitpunkt der Vergabe des ersten Folgeauftrages am 14. August 2014 musste die Vorinstanz davon ausgehen, dass die Vergabe weiterer Folgeaufträge innerhalb des Gesamtprojekts an ein Unternehmen, welches nicht von Projektbeginn an beteiligt war, mit zusätzlichen Aufwendungen – sei es für den Erwerb allfälliger Schutzrechte und Projektergebnisse, sei es für die Arbeiten, welche ein anderer Anbieter mit einem anderen Konzept und einer anderen Methode wiederholen müsste – verbunden sein würde. Auch wenn das im Jahr 2013 initiierte Projekt in Phasen unterteilt wurde, war doch erkennbar, dass sinnvollerweise jene Anbieterin und Personen, welche das Projekt in der ersten Phase – nämlich der Analyse der Situation auf der Ebene des Stadtrates und der Departementssekretariate – betreuten, auch in den folgenden Phasen beteiligt sein sollten.

4.2.4. Hinzu kommt, dass – was für die Vorinstanz ebenfalls absehbar war – die Kosten für die zweite Projektphase, in welcher die Departemente (Lebensbereiche) und die Querschnittsfunktionen im Fokus stünden, wesentlich über jenen liegen, welche



einerseits die Phasen 1 und 1a des umfassenden Projektes und andererseits das parallele (Teil-)Projekt „Organisationsentwicklung im Lebensbereich Bildung und Sport“ verursachten. Der Stadtrat ging von einem – als Investitionskredit bezeichneten – Auftragsvolumen von CHF 540'000 aus, welches das Stadtparlament auf ein Kostendach von CHF 400'000 reduzierte (vgl. Sitzung des Stadtrates vom 15. Juni 2016, Protokollauszug vom 16. Juni 2016 [150/2016], act. 8/16). Unter diesen Umständen kann sich die Vorinstanz nicht darauf berufen, die am Beginn des Projekts stehende Vergabe vom 4. Dezember 2013 im Einladungsverfahren habe die vergaberechtlichen Anforderungen erfüllt.

4.2.5. Insgesamt ergibt sich, dass die von der Vorinstanz geltend gemachte Situation der ausschliesslich möglichen Vergabe des Auftrags vom 15. Juni 2016 an die Beschwerdegegnerin mit einem Ausgabenvolumen von CHF 400'000 auf ihr eigenes Verhalten zurückzuführen ist. Deshalb kann sie die ausnahmsweise freihändige Vergabe weder auf lit. b noch auf lit. d von Art. 16 Abs. 1 VöB stützen.

Schliesslich liegt nahe, dass auch im aktuellen Stadium des Projekts andere Anbieter den Auftrag – „Erreichung einer optimalen Organisationsform und Erstellung von optimalen Abläufen für die Erledigung der derzeitigen und zukünftigen Aufgaben und Kundenerwartungen“ – erfüllen könnten. Dass sich aufgrund des Projektfortschrittes mittlerweile eine Situation ergeben hat, in welcher die Vorinstanz eine Weiterführung mit der bisherigen Anbieterin beziehungsweise mit dessen „Spin-off“-Unternehmen bevorzugt, hat sie selbst zu vertreten. Auch die Vorinstanz ging – indem sie sechs Anbieter zur Einreichung eines Angebots für die erste, auf Stadtrat und Departementssekretariate beschränkte Phase einlud – beim Start des Projektes davon aus, dass das umfassende Projektziel nicht bloss auf einem Weg erreicht werden könne. Eine freihändige Vergabe erscheint deshalb nicht als alternativlos. Im jetzigen Stand des Projektes kann die Vorinstanz mithin nicht mit Erfolg geltend machen, einzig mit dem „DialogG“-Verfahren werde das Projektziel erreicht.

5. Die Vorinstanz erwähnt schliesslich Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. o VöB. Danach kann ein Auftrag unabhängig von seinem Wert freihändig vergeben werden, wenn die Vereinbarkeit mit technischen Systemen von Bund, anderen Kantonen und Gemeinden sichergestellt werden muss. Die Vorinstanz bezeichnet weder die betroffenen



technischen Systeme noch konkretisiert sie die Gründe, weshalb bei der Berücksichtigung eines anderen Anbieters die Vereinbarkeit nicht sichergestellt wäre. Organisatorische Überlegungen können sich zwar auch auf die Anforderungen an die von der Vorinstanz betriebenen technischen Systeme, insbesondere auf Informatikprogramme, welche gemeinsam mit anderen öffentlich-rechtlichen Organisationen genutzt werden, auswirken. Allein aus dem Umstand, dass in der Analyse – unter dem Begriff „vernetzt denken“ – auch die der Gemeinde übergeordneten staatlichen Ebenen von Kanton und Bund einbezogen werden (vgl. Ziff. 4.2 des Vorgehenskonzepts mit Kostenzusammenstellung zur Phase 1a „Nahtstellen“ vom 8. Juli 2014, act. 8/7), kann jedenfalls noch nicht geschlossen werden, allein die Beschwerdegegnerin sei in der Lage, die Vereinbarkeit mit technischen Systemen von Bund, Kantonen und Gemeinden sicherzustellen. Die Vorinstanz kann die freihändige Vergabe vom 15. Juni 2016 deshalb auch nicht mit Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. o VöB rechtfertigen.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Es ist festzustellen, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Auftrags der Vorinstanz an die Beschwerdegegnerin vom 15. Juni 2016 nicht erfüllt waren.

7. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von der Politischen Gemeinde Wil – die Beschwerdegegnerin hat am 15. Oktober 2016 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung verzichtet – zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 2'500 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP; vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Lachen SZ/St. Gallen 2004, S. 109 f.). Ausseramtliche Kosten sind für das Beschwerdeverfahren nicht zu entschädigen. Die Vorinstanz – die im Übrigen das Verfahren selbst geführt und als verfügendes Gemeinwesen grundsätzlich ohnehin keinen Anspruch auf die Entschädigung von Vertretungskosten hat (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 829) – ist unterlegen. Die obsiegende Beschwerdeführerin ist in ihrem amtlichen Wirkungskreis tätig und hat dementsprechend keinen Anspruch auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten (vgl. BGer 2C_919 und 920/2014 vom 21. August 2015 E. 7, nicht veröffentlicht in BGE 141 II 307; Cavelti/Vögeli, a.a.O.,



Rz. 826). Sie hat denn auch ihr Rechtsbegehren unter Kosten-, nicht aber unter Entschädigungsfolge gestellt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Es wird festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe des Auftrags „Nachhaltige Governance in der Stadt Wil“ der Vorinstanz an die Beschwerdegegnerin vom 15. Juni 2016 nicht erfüllt waren.
3. Die Politische Gemeinde Wil bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'500.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer